

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

FELIPE ROTONDO¹

I. Introducción

Con estas líneas me uno al recuerdo y al homenaje del querido Prof. Dr. Mariano R. Brito, quien tanto nos brindó en todas las dimensiones de su vida. ¡Cuánto para agradecerle por su amistad, por la transmisión permanente de valores y e inquietudes dirigidos todos hacia una *“formación acabada en la verdad”*, en cauce respetuoso de la libertad!. En todas las cuestiones fue a la esencia de las cosas, a los principios, los que en Derecho –decía– son sus piedras sillares y, recordando a Hauriou, valen sin estar escritos. Es así también que en la Maestría de Derecho Administrativo Económico dictó la materia Fundamentos de dicho Derecho, curso en el cual tuvo la deferencia de permitirme colaborar en los años 2012 y 2013. Precisamente allí traté el tema de esta exposición, entonces en base a transparencias, que ahora traté de desarrollar.

II. Derecho Administrativo Económico

1. En un Estado de Derecho, el conjunto normativo que conforma la ordenación jurídica de la economía tiene a la persona como centro, lo que se proyecta en la posición y actuación de esta y en el rol del Estado, en especial como administrador, a través de diversas técnicas de intervención.

En tanto parte del Derecho Administrativo tiene las fuentes (formales) de este, entre ellas y en primerísimo lugar los principios de derecho y la Constitución, la cual será considerada con referencia al Uruguay.

Por obvias razones se destaca la incidencia de las fuentes reales, relacionadas con supuestos políticos y socio-económicos; de manera tal que existen bases de diversa naturaleza, entre ellas las fenoménicas que Brito estudió respecto al Derecho de la Regulación Económica².

2. En cuanto a la economía, el Diccionario de la Real Academia Española- 22^a edición, brinda diversas acepciones, entre ellas la de *“administración eficaz y razonable de los bienes”*, *“conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una colectividad o de un indi-*

1 Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor en Cursos de Maestría en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

2 Derecho Administrativo de la Regulación Económica, Cap. I, pp. 9 y sigs., obra en coautoría con Delpiazzo, Carlos E. Universidad de Montevideo 1998. Incluye como tales bases: estabilidad política, crecimiento económico, mercado, transparencia del mercado, desempleo y subempleo, revolución tecnológica, solidaridad, condicionamientos externos del crédito al Estado deudor. En el Cap. II enunció las bases constitucionales: principios a los que remite el ordenamiento constitucional, dimensión creadora del hombre singular, participación personal y social, inviolabilidad de la dignidad humana, inviabilidad de las técnicas de gestión genética, la ley no es soberana, preservación de la libertad. Interroga sobre los derechos adquiridos como tal base y además formula *“precisiones consecuentes”*, con análisis del rol del Estado.

viduo" o "ciencia que estudia las medidas más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de recursos escasos". Cabe destacar la esencial relación con la actividad de administración así como que, al encararse una rama de Derecho público, interesa lo que directa e inmediatamente atañe a la colectividad.

Los sujetos o agentes económicos serán las personas, las familias, diversas formas asociativas o societarias, el Estado y agentes exteriores al ámbito nacional, de muy distinta naturaleza.

La sociedad requiere una "organización" en la economía, la que posee bases en el ordenamiento jurídico respecto a la producción de bienes y servicios y a su distribución, determinándose el *qué se produce, quién lo hace, cómo y para quién*.

En ese contexto, "*sea mediante planes económico-sociales periódicos, o mediante la aplicación de una política económica determinada, todos los Estados, cualquiera sea el sistema económico en que estén inscriptos, intervienen intensamente en la actividad económica (...)*", por lo cual la conducción de la economía se configura como un cometido esencial del Estado³.

3. Hoy día el tema se inscribe en el fenómeno de la globalización, la cual "*no es, a priori, ni buena ni mala. Será lo la gente haga de ella*"⁴, sin perjuicio de lo cual puede apreciarse una "*creciente internacionalización de las relaciones económicas (que) desliga al capital de las ataduras del poder político, los Estados se quedan sin instituciones eficaces para detraer de la economía privada, los recursos que les permitan garantizar la procura de los derechos sociales. De otro, la participación del Estado en los procesos globalizadores, a través de la llamada estatalidad abierta en que estos quedan lejos de controlar autónomamente las decisiones: las competencias estatales difuminadas en una red global de actores públicos y privados de todo género*"⁵.

III. Constitución: referencia general

1. Ella es la ley fundamental, la super-ley, el Codex que determina el

poder político, "*constituye*" el Estado como organización jurídico política de la sociedad y, por lo mismo, su columna vertebral, a la cual debe servir como que él es un "*ser instrumental para el interés general (...), para que los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente sus fines propios*"⁶.

3 Martins, Daniel H. Replanteo del estudio de los cometidos estatales en el Derecho Administrativo Especial. Rev. Urug. de Estudios Administrativos Año I N° 1. Mdeo 1977, pp. 65 y sigs. y La conducción de la economía: cometido esencial en el Estado contemporáneo, en Orden económico y Derecho Administrativo. AMF Mdeo. 1980, pp. 37 y sigs.

El Prof. José A. Cagnoni. A manera de síntesis en Orden cit., pp. 193 y sigs. la califica de "*cometido imprescindible*", según las circunstancias históricas. En Estudios sobre el Estado democrático y social de Derecho Mdeo. 1989, p. 49, expresa que la orientación (o si se prefiere dirección o conducción de la política económica) es esencial; en cambio, la actuación concreta estatal en el proceso económico, mediante servicios públicos y los industriales y comerciales, es un cometido subsidiario.

4 Juan Pablo II. Entrevista al periódico La Croix, 20-VIII-1997.

5 Gutiérrez, Ignacio. El Derecho Constitucional, memoria y proyecto ante la globalización, en Stollis, M y otr. El Derecho Constitucional de la globalización. Fund.Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp.9 y sigs. Se tienen regulaciones no estatales tales como la del comercio mundial, de la comunicación electrónica, de los espectáculos deportivos de masas, etc.

6 Brito, Mariano R. Planificación y libertad en el Estado social de Derecho en los albores del siglo XXI, en Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva. Universidad de Montevideo, 2004, p. 223.

Traza las líneas fundamentales del sistema en tanto “orden sustancial o material de valores” o conjunto normativo que “contiene y expresa” ese orden⁷. Se destaca el reconocimiento de los derechos de las personas y, en especial, el otorgamiento de garantías para su goce, que hace que se configure un verdadero Estado (constitucional) de Derecho, un Estado de derechos.

2. “(...) No trata sólo de los medios; cuida también de los fines, que precisamente caracterizan su naturaleza comprometida y dirigente”; en ella se encuentran diversas dimensiones, la democrática (formación de la unidad política), la liberal (coordinación y limitación del poder estatal) y la social (configuración social de las condiciones de vida⁸.

Ese encare se concreta de modo permanente y no sólo en el ámbito de la llamada Justicia Constitucional⁹; en ese sentido, bien se dijo que “Debe acudir a la Constitución no sólo cuando se trata de resolver casos dudosos sino como instrumento normal y principal, ya que es una interpretación de valores a los cuales las leyes no pueden sustraerse. Más precisamente, la regulación constitucional de los derechos fundamentales tiene una importancia considerable a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico inferior, ya que este debe necesariamente ser interpretado a la luz de las soluciones constitucionales, muy especialmente las referidas a los derechos fundamentales”¹⁰.

IV. Constitución económica. Normas programáticas

1. Entre otros contenidos, la Constitución establece el régimen socio-económico, las bases de la regulación de la actividad privada, fija los títulos o cabezas del Derecho Administrativo (términos de Pellegrino Rossi), por ejemplo al determinar la organización básica de la Administración y marcar tareas o cometidos a cargo del Estado que aquella está llamada a hacer realidad.

La Constitución “económica”, concepto utilizado especialmente en la doctrina germana, es el conjunto normativo del mayor rango interno (nacional) que establece el marco para el desarrollo de la actividad económica, regula la interrelación entre la iniciativa de los particulares como sujetos económicos, sea individual o asociativamente, sus derechos (contenidos, esencia y límites de estos) y la actividad del Estado en la materia, los

7 Bidart Campos, Germán J. Qué es una Constitución, en Rev. Argentina de Derecho Constitucional. Año I 2000, No.1, p. 5. Si la persona humana “naturalmente está predispuesta y necesitada a vivir en sociedad (convivir), y a organizar políticamente esa convivencia (estado), su sociabilidad y su politicidad no se despegan de su valor personalidad, el que desde el plano de la ética penetra con sus exigencias en el mundo de la política y del derecho. De ahí que la Constitución, como orden jurídico-político que programa la convivencia organizada, recibe en su propia serie de valores jurídico-políticos al valor ético de la personalidad”, en “La Constitución como proceso asociativo”, Constitución y Derechos Humanos. EDIAR. Bs. As. 1991, pp. 26-27.

8 Conf. Streck, Lenio Luiz. Verdad y Consenso. De la posibilidad a la necesidad de las respuestas correctas en Derecho. Bdef. Mdeo-Bs.As. 2012, pp.20-21; 34. En referencia a la Constitución brasileña, señala que ella no es un simple “instrumento de gobierno”, enunciator de competencias y regulador de procesos, sino que además de eso, enuncia directrices, fines y programas a ser realizados por el Estado y la sociedad. No comprende solamente “un estatuto jurídico de lo político”, sino un “plan global normativo” de la sociedad y, por eso mismo, del Estado.

9 “La efectividad de la Constitución se juega todos los días, en cada resolución de un administrador y en definitiva en cada sentencia de un juez, sin que quepan sobre el punto consideraciones de oportunidad o conveniencia (...)”, Cajarville Peluffo, Juan P. Supremacía constitucional e interpretación. Revista de Derecho Público N° 1 Mdeo. 1992, p. 62.

10 Juzgado Letrado de Concurso de 1er. Turno, sentencia N° 408 de 7-III-2003, que concluye con una afirmación acertada sobre la viabilidad de “la aplicación directa de los principios constitucionales al campo de las relaciones contractuales entre particulares”.

lineamientos de su acción y la organización competente, al menos también a través de su regulación básica.

2. Las políticas públicas como acciones adoptadas por las autoridades estatales ante los requerimientos sociales, sean ellas de regulación, distribución o redistribución, tienen que ajustarse a esa Constitución, a sus reglas y estándares, los que limitan la discrecionalidad e imponen la razonabilidad de las medidas y su idoneidad respecto a los fines de interés general así como los principios de no discriminación y transparencia.

Ellas deben desarrollarse por una Administración “eficiente”, “buena” (arts. 60 y 311 de la Constitución), la cual es *“una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”*¹¹.

3. A los efectos señalados interesan, también, las normas constitucionales programáticas, que son las establecen un “programa” a seguir por parte de los órganos que dictan las normas inferiores, las cuales las hacen efectivas.

Ellas pueden ser facultativas si habilitan cierta conducta pero también determinarla y marcar directivas usualmente para la regulación a dictarse¹².

Las normas programáticas, en especial las de este último tipo, configuran criterios de interpretación y fundamento para atacar las de rango inferior que se le opongan, de manera que los jueces las tendrán en cuenta como expresión de valores. También en una apreciación de responsabilidad del Estado por omisión, sea legislativa o administrativa o, en su caso, para la aplicación de la acción de amparo.

Brito enfatizó el carácter normativo de las normas constitucionales programáticas, que ellas deben ser utilizadas *“al menos como parámetro de control de la acción”* de la Administración y que procede la apreciación jurisdiccional de la aptitud del acto, sea legislativo o administrativo, para el fin propio de la situación de deber. Así *“en el ámbito del Estado democrático de Derecho, el cumplimiento de las promesas resulta (es) seguridad”*¹³.

En perspectiva atinente a otro tipo de normas, corresponde recordar que los “preceptos” constitucionales que *“imponen deberes a las autoridades públicas”*, no pueden dejar de aplicarse por falta de norma complementaria (legal o reglamentaria)¹⁴; ante la omisión

11 Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada por el CLAD, Caracas 10-X-2013.

12 Ejemplo Constitución uruguaya, art. 55: *“La ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo”*. Una disposición puede contener un precepto y, a la vez, una norma programática, ejemplo art. 45: *“Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin”*.

13 Brito, Mariano R. Constitución y Derecho Público: cumplimiento de promesas. Anuario de Derecho Administrativo. T. XIII FCU Mdeo. 2006, p. 43. Al tratar de la *“efectividad o cumplimiento de la Constitución”*, señala que ella *“reclama atender al orden pragmático (efectos prácticos o praxis) que muestre que ella constituye un marco vinculante, sí, en cuanto regla de derecho; pero además hasta dónde es derecho operativo (...) y no sólo postulado normativo de conductas estimadas positivas y valiosas”*, *“cubre no sólo los poderes administrativos, su ejercicio y remedios, pero también materias tales como las diversas formas de los órganos administrativos, el ejercicio de las limitaciones del poder regulador (...)”*.

14 Ella será suplida recurriéndose *“a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas*

de la Administración en este aspecto, cabe la responsabilidad estatal y el amparo citados.

V. Reglas constitucionales con incidencia en materia económica

Del contexto de la Carta uruguaya surge su carácter de Estado de Derecho, democrático y social, a través de principios en ella recogidos y de normas.

Él no es (no puede ni debe ser) *“únicamente una realidad jurídica y formal”; “no se identifica únicamente con el derecho positivo. No es una legalidad desprovista de valores y fines culturales, humanos y sociales”*¹⁵.

En materia económica establece lineamientos, límites de regulación e intervención, pero no un modelo acabado; *“expresa, responde e impone una concepción económica que es parte de la filosofía constitucional”*¹⁶.

En ese sentido, se señalarán las siguientes disposiciones, respecto a algunas de las cuales se efectuará un breve comentario:

1. El explícito reconocimiento de derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno (arts. 7 y 72).

2. La regla de libertad para los habitantes, respecto a la cual ley establecerá su delimitación (art. 10) y la de la especialidad para el Estado, ya que este está en situaciones de deber, no de derechos, acorde con el ordenamiento jurídico. Su Administración sólo puede actuar válidamente en las materias o actividades que este expresamente le atribuya (principio explicitado en el art. 190).

3. La previsión del derecho de propiedad, como derecho *“de fondo”* al que el Estado brinda protección (art. 7), como derecho a *“tener y administrar un patrimonio”*¹⁷. Se le distingue, así, del derecho de propiedad sobre determinado bien concreto, respecto al cual puede darse la privación por razón de necesidad o utilidad públicas declarada por ley y con las bases y garantías establecidas en la propia Constitución (art. 32).

El primero es inherente a la personalidad, el segundo es *“simplemente positivo”* porque *“la naturaleza no vincula a ningún ser humano con ningún bien material determinado. Le da, eso sí, a cada hombre, el derecho a tener privadamente alguno, pero no dice cuál”*¹⁸.

El art. 32 que establece que es un derecho inviolable (no sagrado desde 1934) *“pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general”*, no consagra

generalmente admitidas”, art. 332, lo que también rige en relación a preceptos constitucionales que reconocen derechos a los individuos.

15 Giorgi, Héctor. Las condicionantes jurídicas y éticas de la actividad del Estado, en Anuario de Derecho Administrativo. T. V-1996, p. 41 y en Obras y Dictámenes. Recopilación. La Ley Uruguay Mdeo. 2010, p. 489.

16 Gros Espiell, Héctor. El Estado democrático y social de Derecho y el sistema económico en la Constitución uruguaya, en Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni. FCU 2005, pp. 161 y sigs.

17 Cassinelli Muñoz, Horacio. Derecho Público. FCU, Mdeo.2009, p.137.

18 Millán Puelles, Antonio. Persona humana y Justicia Social. Madrid 1962. p.94. Afirma que *“la manera concreta de hacer la división y asignación de los bienes” depende de los hombres; “el régimen concreto de la propiedad privada es variable, y se le debe variar siempre que las circunstancias lo requieran (...)”*.

directa y nítidamente *“la teoría económico social de la función social, pero su espíritu es sustancialmente el mismo y su texto permite que por vía legislativa se impongan al ejercicio de este derecho limitaciones y orientaciones de interés general, lo que equivaldría a la función social”*^{19/20}.

Lo dicho se aplica a los medios de producción y a los beneficios derivados del trabajo, comercio e industria.

4. La libertad de trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, *“salvo las limitaciones de interés general que establezcas las leyes”* (art. 36).

En el ámbito económico implica la libertad de empresa, de su creación, organización y funcionamiento en el mercado respectivo. La iniciativa privada y la actividad económica son, en principio, libres, con las limitaciones referidas.

5. El monopolio que excluye la libertad económica es de excepción; por ello requiere ley con mayorías especiales (art. 85 num.17).

6. El fomento de la agricultura, industria, comercio interior y exterior, etc (art. 85 num. 3º) y la orientación del comercio exterior, que *proteja* actividades productivas *“cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación”* (art. 50). Implica un cometido estatal que no es de prestación sino de estímulo y promoción de actividades privadas. Dada la amplitud textual del citado numeral del art. 85, vale recordar la cita de Jiménez de Aréchaga, tantas veces efectuada por Brito²¹, *“generalidad de la ley, pero no universalidad de materia para la ley (...)”*, la cual debe estar dirigida, por otra parte al interés general.

7. En actitud y actividad de fomento, *“el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general”* (art. 50 inc. 3º, agregado en la reforma de 1996), *“norma programática que refiere a una descentralización geográfica con sentido socio-económico, la cual se vincula con los arts. 230 y 298 en los textos provenientes de esa reforma”*²².

8. La integración económica de los Estados Latinoamericanos, *“especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas”* (art. 6), el reconocimiento y protección del derecho del autor o inventor (art. 33), el control de los trusts (art. 50), la prohibición de la usura (art. 52), la protección del trabajo (art. 53), la concesión de privilegios industriales (art. 168-21), etc.

9. *“La protección del medio ambiente es de interés general (...)”* (art. 47).

19 Real, Alberto Ramón. Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, T. XX, 1959, No. 87, citado por Martins, Daniel H. La propiedad privada y el urbanismo. Constitución y Administración. Mdeo. 1993, p. 371. Interesa, además, lo dispuesto por los arts. 231 y 232, provenientes de la reforma de 1967.

20 *“La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos asegura a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar y deben ser considerados como ampliación de la libertad humana”*; *“la misma propiedad privada tiene también, por su misma naturaleza, una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes”* (Constitución Gaudium et Spes, Concilio Vaticano II).

21 Jiménez de Aréchaga, Justino. La Constitución Nacional T. III, p. 31 Mdeo. 1946; agrega: *“La ley no es soberana, no sólo porque la soberanía radica en la Nación y no en el Poder Legislativo (art. 4 de la Constitución) sino por cuanto no toda materia es pasible de su regulación mediante ley”*

22 Rotondo Tornaría, Felipe. Manual de Derecho Administrativo. 8ª ed. Mdeo. 2014, p. 123.

Refiere, además, a un deber de abstención “de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente”, si bien en la materia corresponde una acción positiva, la cual emana de los principios²³.

En virtud del interés general “es deber del Estado y de las entidades públicas en general, propiciar un modelo de desarrollo ambientalmente sostenible, protegiendo el ambiente y, si este fuere deteriorado, recuperarlo o exigir que sea recuperado”, ley reglamentaria N° 17.283 de 28-XI-2000, la que explicita el derecho de los habitantes “a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado”.

10. Son “derechos humanos fundamentales”, “el acceso al agua potable y al saneamiento” (art. 47, desde la reforma de 2004).

Esa disposición, además, establece bases para la “política nacional de Aguas y Saneamiento”, entre ellas la de que “gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico”, los que “constituyen asuntos de interés general” y que “los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos (...)”.

También el “principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiéndose las razones de orden social a las de orden económico”. Determina, además, que los servicios públicos correspondientes (en el caso del agua, para consumo humano) “serán prestados exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales”²⁴.

11. La previsión de un (posible) Consejo de Economía Nacional, consultivo, con representación de intereses económicos y profesionales del país (art. 206)²⁵.

VI continuación. Otros aspectos

En cuanto a disposiciones constitucionales directamente relacionadas con la organización y el rol del Estado, se citarán las siguientes:

1. Se prevé un “dominio industrial y comercial del Estado”, cuyos servicios serán descentralizados (arts. 185-186).

También sociedades de economía mixta, estatales (art. 188 incisos 1 y 2) o de derecho privado (incisos 3 y 4).

2. “Habrá un Banco Central”, “organizado como Ente Autónomo” (art. 196), disposición que, por sí, implica una remisión a reglamentos dictados por ese Ente.

23 En cuanto a la reclamada abstención, “no parece técnicamente atinada la adjetivación”, “especialmente para la contaminación (...)”; el constituyente usó los términos no en un sentido técnico ambiental, “sino con un significado vulgar, por el cual existiría una contaminación ‘leve’, admitida, y otra ‘grave’, prohibida en base al deber establecido constitucionalmente”, lo que apreciará el administrador y, en su caso, el juez. Conf. Cousillas, Marcelo J. La protección constitucional del ambiente, en Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996. Mdeo. 1998, p. 139.

24 Impide, para tal prestación, la constitución de sociedades de economía mixta.

25 Fue creado por ley N° 17.935 de 26-XII-2005 reglamentada por decreto 299/006. Aquella refiere a “sus objetivos principales”, el “dar carácter ordenado e institucionalizado al diálogo” entre representantes de intereses, entre el conjunto de esos representantes y el Estado así como con organismos similares de otros países.

3. El Poder Ejecutivo es “conductor y orientador político, especialmente en materia económico-financiera”²⁶, con diversos poderes jurídicos (acentuada iniciativa privativa en materia de ley; control de entidades descentralizadas, art. 197; formulación de planes y programas de desarrollo, art. 230, etc.)

4. El Presupuesto de los organismos estatales tiene lineamientos emergentes de la Carta, con planificación de objetivos y metas (art. 214) y, más aún en el Gobierno Departamental: no aprobación de proyectos que signifiquen déficit (art. 225) y destino de superávit (art. 302).

5. La ley puede “destinar al desarrollo del interior del país y a la ejecución de las políticas de descentralización”, “una alícuota de los tributos nacionales recaudados fuera del departamento de Montevideo (...)” (art. 298).

6. “El establecimiento y la vigencia de las tarifas de los servicios públicos” en sentido estricto, cuya titularidad tenga por ley un organismo estatal pero que se presten por “empresas concesionarias”, requieren la “homologación” del Estado o del Gobierno Departamental (art. 51).

La posibilidad de la entidad estatal de efectuar concesiones es la regla, salvo norma legal contraria, ya que con esa técnica se vuelve a la natural radicación en el sector privado de los servicios relacionados a la materia económica.

VII. Derivaciones

1. El Estado, como gerente del interés general, es su eminente pero no exclusivo protagonista.

De allí que tiene a su cargo la actividad esencial de brindar seguridad y protección²⁷.

Ella incluye su irrenunciable tarea de regulación, que en tanto incide en los particulares exige ley (formal) y el consecuente control de su aplicación.

2. En la calidad “gerencial” indicada, el Estado tiene el cometido *esencial* de determinar políticas sobre cuestiones de interés general, lo que se centra en la planificación nacional, el dictado de la legislación que la implemente y el complementario ejercicio de la función administrativa (a través de directivas y actos jurídicos), sin perjuicio de la función jurisdiccional²⁸.

De esta manera se desarrolla actividad de orientación, impulso, articulación y coordi-

26 Cajarville Peluffo, Juan P. El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya, en Estudios de Derecho Administrativo. T. II. Universidad de la República 1979, pp. 69 y sigs.

27 Conf. Brito, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo, en Derecho Administrativo cit., p. 259.

28 Así indiqué que la determinación de políticas nacionales del ordenamiento territorial “puede ser identificado, actualmente, como cometido esencial y sustantivo del Estado”, Cuestiones jurídicas que plantea el ordenamiento territorial. Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone. Universidad Católica-AMF Mdeo. 2000, p.p. 421 y sigs.

La ley N°18.308 de 18-VI-2008 califica a dicho ordenamiento, como “cometido esencial”, lo que entiendo en el sentido señalado.

nación de la actividad de los particulares.

3. En lo que atañe a la conducción de la economía por parte del Estado, bien se ha dicho que *“a pesar de la no exclusión de los particulares de las diversas actividades de la economía, la conducción de esta ha adquirido el carácter de nuevo cometido esencial como consecuencia de la gravitante presencia estatal unida a la magnitud de los poderes jurídicos asignados al respecto por el ordenamiento jurídico”*²⁹.

A la determinación de políticas, regulación, protección, control eventualmente correctivo, se agrega la actividad de fomento o, en su caso, desincentivo. Cabe decir que el Estado tiene una intervención *“directiva”*, que no es lo mismo que directa³⁰,

4. Los particulares son protagonistas de la economía, sujetos clave del mercado, pero *“no hay mercado sin organización política que garantice su existencia y sus reglas de funcionamiento. No existe una economía de mercado sin una normativa jurídica que le regule un Poder que garantice el respeto de dicha regulación”*³¹.

Debe atenderse, además, el reclamo del mercado en cuanto a transparencia de parte de todos los actores; se hace presente *“la eticidad de la conducta empresarial y en los negocios”*³².

5. La economía de mercado supone libertad de empresa y derecho de propiedad de los medios de producción y de las ganancias, con competencia espontánea en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios.

Se desarrolla en un marco institucional que constituye el mercado como creación jurídica; además si este falla, corresponderá la orientación estatal con respeto de los actores del mercado, de modo de no afectar la competencia.

6. El orden público comprende lo económico en el cual *“no se entienden en oposición la iniciativa privada y la gestión pública, al intervenir de un modo operante la participación social; el orden público es, de este modo, algo más que la organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado”*³³.

29 Delpiazzo, Carlos E. Derecho Administrativo Especial 2ª ed. Vol. I AMF Mdeo. 2009. p. 224.

30 Conviene señalar que la regulación contiene, como *‘poder de ordenación y seguimiento de una actividad’*, una serie de potestades públicas, *“bajo un esquema de ‘ordenación normativa-control-sanción’*. Huaya Tapia, Ramón. Algunos apuntes sobre las relaciones entre el derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de *‘regulación’*, El Derecho. Bs. As. 13-IX-2010. Se habla de neo regulación, etc. dirigida a vigilancia del mercado y ajustes precisos para asegurar el funcionamiento de este, con flexibilidad y apertura a la innovación.

31 Cosculluela Montaner, Luis. Tema 1 en Derecho Público Económico, obra en coautoría con López Benítez, Mariano. 3ª ed. IUSTEL Madrid 2009, p. 26. Expresa que *“el mercado no puede ser considerado un valor en sí mismo, sino un marco de actuaciones económicas en que se afirman valores. Pero los valores se definen y garantizan por reglas jurídicas previas (...)”*.

32 Brito, Mariano R. Cap. I de Derecho Administrativo de la Regulación Económica cit., p. 11.

33 Melo, V. Orden público y nuevas tecnologías, Rev. Direito Eletrónico, Año I Nº 2, cit. por Vigna. Marcela P. Reflexiones sobre la relación entre orden público y autonomía privada en materia de arrendamientos, Anuario del Área socio jurídica Nº 3 Universidad de la República. Mdeo. 2007, p. 205.

A través de las reglas de derecho (principios y normas) se proyecta en la organización económica del país e incluye las atribuciones estatales para regularla con fines de interés público.

Dicho orden refiere, entre otros a asuntos de comercio exterior, régimen impositivo, protección de los consumidores, e importa para atender, en general, a las disfuncionalidades del mercado (asimetrías informativas, desigual poder de negociación, monopolios naturales, etc.).

Puede constituir *protección*, así si se tiende a resguardar a una de las partes del contrato o el equilibrio interno de este, o de *dirección*, que coadyuva a la realización de ciertos objetivos económicos por parte del Estado³⁴; un ejemplo de normas de esta índole son las de la ley No. 18.159 de 20-VII-2007, ley de “orden público” que “tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados” (art.1)³⁵.

7. En lo económico y en lo que no resulta cometido esencial o imprescindible del Estado, según lo antes señalado, rige el principio de subsidiariedad. No implica que aquel no intervenga o que su intervención sea la menor posible, sino que lo haga de modo subsidiario; precisamente “en materia económica, los deberes que la Constitución impone al Estado”, “globales o sectoriales, son también coherentes” con ese principio³⁶. En la actividad industrial y comercial, impone una circunspección a la intervención directa del Estado.

8. La Constitución uruguaya no establece un modelo acabado pero sí lo inserta y es parte necesaria del Estado de Derecho democrático y republicano, “de carácter humanístico y social” que ella impone. Puede caracterizarse como “de economía mixta, con intervención necesaria e ineludible del Estado, pero con reconocimiento de la coexistencia de esta actividad económica y comercial del Estado, en adecuado equilibrio, con la actividad privada, condicionada por el control estatal y su subordinación al bien común”³⁷.

9. El interés general comprende el respeto de los derechos de las personas y, por lo mismo, se relaciona con el principio de solidaridad que emerge del ordenamiento constitucional democrático. Específicamente en relación al mercado, si este “se rige únicamente por el principio de la equivalencia del valor de los bienes que se intercambian, no llega a producir la cohesión social que necesita para su buen funcionamiento. Sin formas

34 Conf. Groisman, Carlos y Molla, Roque. La autonomía privada en los contratos predispuestos, de adhesión y en los llamados contratos modernos. III Jornadas de Derecho Privado en homenaje al Esc. Caffaro, 1998. www.elderechodigital.com.uy/Doctr.

35 El art. 2 contiene el “Principio general”: los mercados se rigen “por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general” Prohíbe “el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante”.

36 Cajarville Peluffo, Juan P. Quehacer del Estado y actividad privada, en Estado-Administración. Su reforma en el presente. XV Aniversario del Anuario de Derecho Administrativo. FCU. Mdeo. 2005, p. 23. Analiza los criterios sobre el principio de subsidiariedad y parte de la base de que admite e impone la dirección, fomento y control estatales. En cuanto a la actividad comercial e industrial, estima que la actuación estatal puede adecuarse a dicho principio pero también deberse a otras razones de interés general, como la obtención de recursos fiscales, p. 24.

37 Gros Espiell, Héctor. El Estado de Derecho cit., pp. 171-172.

internas de solidaridad y confianza recíproca, el mercado no puede cumplir plenamente su función económica”³⁸.

Para concluir, *“el Estado del nuevo siglo es un Estado que garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos. Es un Estado que renuncia a la configuración completa y total de la realidad social, pues, en expresión hegeliana, ya no es la encarnación del ideal ético. De la misma manera, el mercado no es la fuente, solo faltaría, de los derechos y libertades por la sencilla razón de que son previos al Estado y al mercado: los tiene el ciudadano por el hecho de serlo, de manera que las instituciones políticas y sociales lo que tienen que hacer es facilitar el desarrollo de la persona desde los postulados” de la libertad solidaria³⁹.*

38 Benedicto XVI. *Caritas in Veritate*. Ed. Paulinas. Bs. As. 2009, p.66-67. En p. 114 dice que “El principio de subsidiariedad debe mantenerse íntimamente unido al principio de la solidaridad y viceversa, porque así como la subsidiariedad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiariedad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado”.

39 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. Prefacio al libro de Rogério Gesta Leal, *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre 2006. Con ese texto el Prof. Brito concluyó su ponencia El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica, al V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Quito-Ecuador. 2006.